

法政大学学術機関リポジトリ

HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

# 環境法化する開発法：「エコ統治性の法的地平」 研究序説

著者	及川 敬貴，武田 淳
出版者	法政大学大原社会問題研究所
雑誌名	大原社会問題研究所雑誌
巻	674
ページ	35-50
発行年	2014-12-25
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10114/9859">http://hdl.handle.net/10114/9859</a>

# 環境法化する開発法

——「エコ統治性の法的地平」研究序説

及川敬貴・武田 淳

---

はじめに

- 1 環境法化とは
- 2 適法な環境破壊—環境法化前史
- 3 環境法化する開発法—1990年代後半からの制度発展
- 4 エコ統治性の法的地平を見据えて

おわりに

はじめに

ダムや防波堤の設置、それに林道の敷設などは、便益のみをもたらしてくれるわけではない。それらの事業には往々にして、環境破壊が伴う。この状況に対して、事業の根拠法である、河川法や海岸法、それに森林法等の開発促進・産業保護法（以下、単に開発法という。）は、十分な関心を払ってこなかった。ところが、近年、これらの開発法に、環境保全関連の規定が続々と加えられている。環境法学において、「環境法化」ないしは「実質的グリーン化」（以下、単に環境法化という。）と称される現象である。

さまざまな開発法は、いかなる経緯の下に環境法化してきたのだろうか。環境法化の中身や形態には、法律によってどのような違いがあるのだろうか。開発法の環境法化と、環境基本法の制定（1993年）を始めとする、近年の環境法の発展とはいかなる関係にあるのだろうか。そして、最も重要な点として、環境法化した開発法は、持続可能な社会の構築に資するものなのだろうか。

これらの問いを念頭においた上で、本稿では、環境政策史研究の視点を踏まえながら、開発法の環境法化に関する基礎的な知見の整理を試みる。この作業を通じて、なぜわれわれがこうした制度状況下にあるのかを理解できるはずである。今後は、これらの知見を踏まえた上で、環境法化した開発法の使われ方を探り、同時に、その使い方を提案していくことが求められよう。そのような作業の必要性和意義を理解する助けとなるのが、近年の社会学や政治学等で発展をみている、エコ統治性（eco-governmentality）という概念である。

## 1 環境法化とは

環境法化という概念自体を初めて目にされる方も多いただろう。そこで、本論に入る前に、その中身や課題等を簡単に紹介しておきたい。その上で、本稿のねらいを詳しく述べる。

### 環境法化とグリーン化

次章で説明するように、わが国では、多くの開発法が適法な環境破壊の根拠となり、持続「不可能」な資源利用が進んできた。ところが、とりわけ1990年代後半以降、相当数の開発法の中に、環境関連の規定がとり入れられるようになっていく。具体例については、表1を参照されたい<sup>(1)</sup>。

表1 開発法の環境法化（の一例）

1997年	河川法改正	治水と利水に加え、河川環境の保全を法律の目的に明記（1条）。樹林帯を河川管理施設として特定（3条2項）
1999年	海岸法改正	国土保全や災害防止に加えて、「海岸環境の整備と保全」や「公衆の海岸の適正な利用」を法律の目的に明記（1条）
1999年	食料・農業・農村基本法制定	農業基本法を改正して、「自然環境の保全」を含めた農地の多面的機能の増進を政策課題に掲げる（3条）
2001年	森林・林業基本法改正	森林の有する多面的機能として、「自然環境の保全」や「地球温暖化の防止」を明記（2条1項）
2001年	水産基本法制定	水産漁業関係の法律として初めて、「水産資源が生態系の構成要素である」（2条2項）ことを明記
2001年	土地改良法改正	目的及び原則の部分へ「環境との調和に配慮しつつ」との文言を追加（1条2項）。これをうけた施行令でも「環境との調和に配慮したものであること」を事業の施行に関する基本的要件として追加（2条6号）
2004年	森林法改正	森林の環境保全機能の観点から、要間伐森林（間伐又は保育が適正に実施されていない森林で、これらを早急に実施する必要のあるもの）を強制的に管理する仕組み（施業の勧告や立木の所有権移転等について協議すべき旨の勧告）の導入（10条の10及び11）
2004年	文化財保護法改正	里山を含んだ文化的景観を新たに保護対象として位置付け（134条以下）

このような法制度の変容を把握・整理するために、筆者（及川）が提示したのが、「環境法化」という概念である<sup>(2)</sup>。その際には、便宜上、その義を、“開発促進や産業保護を目的としてきた諸法〔＝開発法〕に、環境保護や生態系保全関連の規定が加えられたり、場合によっては、新法となって生まれ変わったりする現象”と定めたが、爾来、多くのご批判をいただってきた。

(1) 表1の初出は、及川敬貴『生物多様性というロジック—環境法の静かな革命』勁草書房、2010年、p.64である。その後、北村喜宣「環境行政訴訟」『法学教室』374、2011年、p.147やAnantha Kumar Duraippah et al. eds., *Satoyama-Satoumi Ecosystems and Human Well-Being: Socio-Ecological Production Landscapes of Japan*, United Nations University Press, 2012で引用されている。

(2) 及川敬貴『生物多様性というロジック—環境法の静かな革命』勁草書房、2010年、p.63。

とくに呼称については、「グリーン化」のほうがわかりやすいというコメントを頻繁にいただいている<sup>(3)</sup>。グリーン化はイメージするのが容易であり、通用度も高い。環境法学の代表的なテキストでも、表1のような現象が、開発法の「実質的グリーン化」という概念で説明されている<sup>(4)</sup>。ただし、グリーンは（文字通り）緑を意味するので、そこから野生生物や砂漠・地中・海洋生態系等へまで法の適用対象を広げて考えていくのが難しい。すなわち、筆者には、生物多様性という新たな法的価値の含意を、グリーン化で汲み取るのが難しいように思われたのである<sup>(5)</sup>。そこで、グリーン化という言葉を取って用いず、曖昧ではあるが、それを冠する基本法も定められている、環境を基軸に据えて、概念化を進めようと考えた<sup>(6)</sup>。また、そうすることで、開発法全体を環境法（学）の射程に無理なくおさめられるのではないかと考えたものである。

### 環境法化の意義と課題

それでは、環境法化には、どのような理論・実践的な意義があると考えられているのだろうか。この点については、環境法学の代表的なテキストの叙述を借りたい。そこでは、

“これら [=表1の制度変容] は、行政に対して、環境配慮（環境基本法19条）を行わせるものであり、行政は、各種の公共事業を実施する場合、また、私人の開発行為に対する許可等を判断する場合に、改正法の目的規定その他の環境関連規定に従わなければならないようになった点に大きな意義がある”

とされている<sup>(7)</sup>。環境基本法19条は、「国は、環境に影響を及ぼすと認められる施策を策定し、及び実施するに当たっては、環境の保全について配慮しなければならない」との定めである。

その一方で、環境法化の（とりわけ環境保全上の）意義に対しては、消極的な評価も示されてきた。すなわち、新たな目的（環境の保全）が伝統的な目的（開発促進や産業保護）に劣後してしまう、あるいは、保全の名の下に人間中心的な営みが続いているとの指摘である<sup>(8)</sup>。仮にそうした

(3) 定義についても、拙著で示したものの粗さは否定できない。しかし、社会規範を扱う研究において重要なのは、どれだけ細かい概念定義を行うかではないだろう。粗い義を定めた概念ではあっても、それを分析視角として据えることにより、考察対象から、どれだけ興味深い課題を引き出せるか、そして、社会实践のために有意義な示唆をどれだけ提供できるかが重要なはずである。もちろん、研究の進展にともない、制度運用の実際により近い形で、定義を補足・修正していくことが望ましいのはいうまでもない。

(4) 北村喜宣『環境法（第2版）』弘文堂、2013年、p.24。

(5) 2008年の生物多様性基本法の制定により、生物多様性の保全は国家政策の基本として位置づけられるようになった。

(6) このような意味では、環境法化は、交告尚史教授が提唱されている「環境法家族論」と類似の発想の上に立つといえるかもしれない。環境法家族論は、開発法を環境基本法の周囲に配置して、全体として合理的な法解釈を志向するものである。環境法家族論については、交告尚史「国内環境法研究者の視点から」環境法政策学会編『生物多様性の保護—環境法と生物多様性の回廊を探る』商事法務、2009年、pp.42-55を参照されたい。

(7) 大塚直『環境法BASIC』有斐閣、2013年、p.310。

(8) 従前から多くの指摘がなされてきた。最近のものとして、交告尚史「生物多様性管理関連法の課題と展望」新美育文＝松村弓彦＝大塚直編著『環境法大系』商事法務研究会、2012年、p.671、荏原明則「普通河川の管理

形で、従来通りの資源利用の偏重施策が続いているとするならば、環境法化を通じての環境配慮義務（環境基本法19条）の実効性確保は見かけ上のものになってしまうだろう<sup>(9)</sup>。

### 既存研究の状況と本稿のねらい

以上のように、環境法化なる現象（表1）には一定程度の注目が集まっているが、どの開発法が、いかなる経緯で、どのような内容で環境法化しているかに係る情報の収集・分析は十分には進んでいない。また、環境法化した開発法の下で、実際にどのような資源管理が進んでいるのかに関する情報も手薄である。近年、環境法学とその隣接学問分野において、興味深い研究業績が現れているが、全体としての研究は端緒についたばかりであるといえよう<sup>(10)</sup>。

そこで本稿では、ある程度長期のタイムスパンを念頭におくという、環境政策史研究の視点を踏まえながら、環境法化の推進要因と構造・実態を描き出すことを一つの目的としている（「2 適法な環境破壊」および「3 環境法化する開発法」）。ここでは、既存的研究成果をつなぎ合わせ、動画のような体裁を整えるとともに、わずかではあるが、新たな情報を加えていく。その上で、環境法化に係る、深いレベルでの実証分析の必要性・意義を示すために、エコ統治性（eco-governability）（環境統治性という表現も用いられる。）の議論を紹介したい（「4 エコ統治性の法的地平を見据えて」）。エコ統治性論の基本的な主張とは、環境はもはや、搾取され汚染される対象であるだけでなく、権力の一つであり、それを道具とする統治が展開されているというものである。こうした状況は、途上国（コスタリカやラオス等）における環境法制発展の背景事情として指摘されてきたが、筆者らは、同様の状況が、環境法化を介して、わが国の開発法の平面にも現れ始めたと考えている。本稿のもう一つの目的は、このような「エコ統治性の法的地平」を見据えて、今後、いかなる研究を、どのようにして進めていくかについての（現時点では、ごく簡素な）見取り図を示すことである。

---

と法的課題」水野武夫先生古希記念論文集刊行委員会編『行政と国民の権利』法律文化社、2011年、p.308、三好規正『流域管理の法政策』慈学社、2007年など。

(9) 個別的公共性（＝省庁ごとの公共性）が跋扈する状況である。ただし、個別的公共性を基本とする行政活動にはデメリットのみを見出せるわけではない。遠藤博也『実定行政法』有斐閣、1989年、p.7。

(10) たとえば、森林法制や採石法制を題材とした最近の研究では、制度運用の実態把握はもちろん、環境法化の発展段階論の把握や条例を通じての環境法化の可能性といった意欲的な議論が展開されている。神山智美「森林法制の「環境法化」に関する一考察—環境公益的機能発揮のための法的管理導入と評価」『九州国際大学法学会法學論集』20-3、2014年、p.43、内藤悟「資源開発における環境配慮—岩石採取に係る自治体行政実務を例として」『自治研究』90-2、2014年、p.75。また、環境法化という言葉こそ使われていないものの、同様の問題意識が隣接学問分野でも共有され始めていることが注目されよう。たとえば、地理学における河川法関連の研究では、同法の1997年改正（表1を参照）の実態が浮き彫りにされており、示唆に富む。祖田亮次・柚洞一央「多自然川づくりとは何だったのか？」『E-journalGEO』7-2、2012年、p.147。さらに、林学における最近の研究でも、環境法化後の制度発展のイメージを得る手掛かりが提供されている。竹本太郎「森林・林業とその再生」小田切徳美編著『農山村再生に挑む—理論から実践まで』岩波書店、2013年、p.123。

## 2 適法な環境破壊——環境法化前史

森や水等の自然資源は、持続可能な方法で利用されなければならない。環境基本法の制定（1993年）によって、「持続可能な発展」は基本理念の一つとなり、国に対する「環境配慮義務」も定められた。しかし、少なくとも1980年代ごろまでの自然資源利用は、持続不可能なものであったと評せざるをえない。本章では、その背景事情として、多くの開発法が、そうした利用の根拠となっていたことを指摘する。ただし、開発法の中には、古くから環境関連規定を含むものも存在した。そこで以下では、この点も併せて確認し、環境法化の前史として整理しておきたい。

### 「持続不可能」な資源利用

わが国における各種自然資源の管理は、さまざまな個別法に基づいて行われてきた。自然資源の名前を冠した、森林法、河川法、海岸法などの法律群、各種資源を利用する産業の名前を冠した、鉱業法、採石法、砂利採取法などの法律群、「利用」の中身を限定的に解釈する、公有水面埋立法やリゾート法（総合保養地域整備法）などが主なものであり、本稿では、それらを開発法と称している<sup>(11)</sup>。

このように称するのは、これらの法律が、しばしば持続不可能な資源利用を後押ししてきたことによる。これらの法律の多くは、開発促進・産業保護の色合いが濃く、ダムや堰の建設、ゴルフ場や産業団地の造成、高速道路や空港の建設、海岸や湿地の埋立などを「適法に行う」根拠となってきた<sup>(12)</sup>。一連の適法な開発行為によって、生態系は大幅に改変され、MA（国連ミレニアム生態系評価）の表現を借りるならば、その加速度的、突発的、そして不可逆的な変化がもたらされてきたのである<sup>(13)</sup>。

法構造の観点からは、次のように説明できよう。すなわち、法律には通常、何らかの目的があり、それを達成するために執行がなされるが、上に挙げたような法律の目的は、各種資源の開発や産業の促進が中心であり、環境の保護・保全への言及は見当たらなかった。自然資源にはさまざまな用途があるにもかかわらず、それらの用途（の効用）を比べることなく、開発や消費が促進されてきたのである。たとえば、河川の用途には、レクリエーションなどもありえるが、河川法の目的は、1997年改正前は、治水と利水とされており、全国各地でダム建設を進めるための根拠となっていた。海岸についても状況は同様であり、海岸法は、1999年改正前は、災害防止と国土保全を目的としており、コンクリート護岸工事を進めるための根拠となっていたものである。

### 開発法中の環境関連規定

開発法の中に、環境関連規定が一切存在しなかったわけではない。具体例としては、公有水面埋

(11) 農地法や農業振興地域の整備に関する法律を、こうした開発法に含めてよいかどうかについては、判断を留保したい。それらの法律は、無制限な土地の改変行為に対する防波堤の役割を一定程度果たしてきたからである。

(12) 畠山武道『自然保護法講義（第2版）』北海道大学出版会、2004年に詳しい。

(13) Millennium Ecosystem Assessment編（横浜国立大学21世紀COE翻訳委員会訳）『国連ミレニアムエコシステム評価—生態系サービスと人類の将来』オーム社、2007年がMAの報告書である。



立法の仕組みがよく知られている。同法は、公有水面での埋立免許の要件の一つとして、「その埋立てが環境保全および災害防止につき十分配慮されたものであること」と定めている（同法4条1項）。この要件に関連して、免許申請者は、「環境保全に関し講じる措置を記載した図画」（同法施行規則3条8号）を作成し、申請書に添付しなければならない。免許権者は、埋立行為に付随する環境影響を考慮して、免許申請の審査を行うことになる。こうした仕組みは、1973年という早い時点で、「環境アセスメントを一定の範囲で先取りした」ものであると評されている<sup>(14)</sup>。他にも多くの独自規定が存在しているものと思われるが、筆者（及川）の能力不足によりフォローができていない。ここでは、採石法と森林法についてのみ、若干の情報を提供することにしよう。

#### ① 採石法の「公害」規定

岩石は、建設工事や土木事業に欠かせない基礎資材であるが、その採取には、さまざまな環境破壊が伴う。森林伐採、そこに生息する野生生物の駆逐、地下水脈の切断、景観破壊等である。そのため、採石法にもとづく岩石採取計画の認可基準（33条の4）を環境配慮的に読むこと等が試みられてきたが、成功してはいない<sup>(15)</sup>。採石法は、現在でも、環境法化の動向を看取しえない、古典的な開発法の姿を保持しているといえよう。

その一方で、歴史を紐解いてみると、1950年に制定された当初の採石法（旧採石法という。）には、「公害」の中身の定め方に特色がみられる<sup>(16)</sup>。そこでは、土地の崩壊、流出、陥没、亀裂、飛石、汚水、粉じん等の発生を公害と総称していた（32条の2）。これは、1967年に制定された公害対策基本法における「公害」よりも幅広い中身を含むものである。ただし、1971年に、旧採石法の「公害」規定は改められ、これに代わって、「災害」という文言が挿入された。岩石採取に付随する行為が直接の原因となって生じた公共の福祉に係る被害を「災害」とし、そこには、岩石の洗浄から発生する汚水被害が含まれるという形になったのである。

#### ② 森林法の「公益的機能」規定

林業基本法は2001年に改正され、森林・林業基本法として生まれ変わった。新法では、森林の有する多面的機能として、林産物の供給等の他に、「自然環境の保全」や「地球温暖化の防止」が明記された（2条1項）。環境法化の一例として捉えることができる制度発展現象であると思われる（後述）。

しかし、歴史の長い森林法制において、そうした多面的機能が認識されていなかったのではないし、具体の法令上も完全に無視されていたわけではない。やはり歴史を紐解いてみると、こうした多面的機能の一部は、例えば、保安林制度によって、戦前から実質的に確保されてきたことがわかる。その一類型として現在も残る、魚つき林などは、そうした理解が不合理ではないことの証左であろう。また、1964年の制定当時から、林業基本法には「公益的機能」という文言が

(14) 畠山武道『自然保護法講義（第2版）』北海道大学出版会、2004年、p.177。

(15) 公調委裁定平成19年5月8日『判例時報』1967、p.65など。

(16) 以下の記述は、内藤悟「資源開発における環境配慮—岩石採取に係る自治体行政実務を例として」『自治研究』90-2、2014年、pp.75-77による。

あり、上述の多面的機能の一部は、この機能と重なり合う。公益的機能という文言は、1974年には、森林法にもとり入れられ、全国森林計画や林地開発許可に関する規定の一部として書き込まれることになった。

これらの例からだけでも明らかなように、環境法化する以前の開発法にも、環境関連規定は存在していた。こうした規定が、長い時間をかけて発展し、次章でみるような「環境法化」へと至ることも考えられよう。たとえば、森林・林業基本法の制定（2001年）という環境法化現象（表1）は、上記②の経緯を踏まえた長期の制度発展の結果としても描き出せそうである。2010年に上梓した拙著では描き出せなかった、環境法化の様式の一つとして、ここに記しておきたい。

ただし、これらの規定は個別法にバラバラな形・内容で書き込まれていたものであり、そうした規定を持たない開発法も少なくなかったと思われる。また、上記①の採石法のように、特色を持っていた規定（「公害」）が削除、ないしは他の規定（「災害」）に吸収されていったような例は他にもありそうである。あらゆる開発法が環境法化へ向けて動き出すための導火線となったのが、次にみる「環境配慮義務」の法定であった。

### 環境配慮義務

1993年の環境基本法は、基本理念の一つとして、持続的に発展することができる社会の構築を掲げ（4条）、その実現のために、国の「環境配慮義務」を定めた（19条）。すでに紹介したように、「国は、環境に影響を及ぼすと認められる施策を策定し、及び実施するに当たっては、環境の保全について配慮しなければならない」との義務規定である。

この規定の法的性質については、さまざまな検討が加えられてきた<sup>(17)</sup>。具体の規定ぶりや法律の中で当該条文がおかれている場所から考えると、環境の保全についてまったく配慮せずに、国が施策を策定・実施するのは違法になると考えるのが合理的であるようにみえる。しかし、「環境の保全についてまったく配慮しない」という状況は想定しづらく、これまでの裁判例においても、当該義務違反を認め、許認可等の行政処分の違法と判断した例は見当たらない。

当時の環境庁（現在の環境省）は、この規定について、「個別法なり、個別施策の実施の上で具体化されるべきもの」と解説した<sup>(18)</sup>。筆者（及川）は、この解説部分につき、『『画餅にすぎない』と自ら言ってしまったようなもの』と評したことがあるが、現在は、適切な評ではなかったと考えている。次章で説明するように、環境政策史研究の観点、すなわち、長期間における着実な制度変化という意味では、環境基本法19条は、開発法の環境法化という制度発展のための地搾え（じごしえ）の役割を果たした。右の解説部分は、そのエッセンスを見事に表しているのである。

(17) この規定の法的な意味について、北村喜宣「行政の環境配慮義務と要件事実」伊藤滋夫編『環境法の要件事実』日本評論社、2009年、p.91が綿密な検討を施している。

(18) 環境省総合環境政策局総務課『環境基本法の解説（改訂版）』ぎょうせい、2002年、p.211。



### 3 環境法化する開発法——1990年代後半からの制度発展

1990年代後半以降のわが国では、さまざまな開発法が「環境法化」し始める。すでに紹介したように、本稿での環境法化とは、「1990年代後半以降、相当数の開発法について、環境保護や生態系保全関連の規定が加えられたり、法律そのものが新法となって生まれ変わったりする現象」を指す。以下、その経緯を追うとともに、環境法化した開発法が実際にどのように使われているかについても若干の情報を提供したい。

#### 環境配慮義務からの発展

前章でみたように、環境基本法の制定（1993年）によって、国の環境配慮義務が定められたが、それから数年は、開発法をめぐる大きな法改正等の動きは確認できない。ただし、それらの法律を所管する省庁では、環境基本法の制定以前から、来るべき環境の時代に備えた調査研究作業等が進んでいたはずである。なお、1994年には初めての環境基本計画が、1995年にはやはり初めての生物多様性国家戦略が策定された。それらの策定過程での省庁間協議等を経験して、各種開発法を所管する省庁が「変化の波」のようなものをあらためて強く意識した可能性はあるだろう。

1997年に河川法の大改正が行われた。本稿では、これを環境法化の嚆矢として位置づけておきたい。法改正の直接的な契機は、長良川河口堰問題（巨大な河口堰水門の閉鎖による河川生態系への諸影響）であるといわれるが、この改正は、社会や公共政策の長期的な変化の中で、環境の保全（とりわけ、生態系・生物多様性）の重要性が少しずつ日本社会に浸透していった結果としても捉えられよう。

1997年河川法改正後の「諸法の環境法化」を簡単に整理したのが表1（論述の都合上、同じ内容を表2へも転記した。）であるが、そこでは、多くの法律にさまざまな改正が施されている（あるいは新法として生まれ変わっている）ことがわかる。変化の中身は多様であるが、共通するのは、自然資源を開発ないしは消費するという観点からだけでなく、保全ないしは持続的に利用するという観点から捉えるという基本姿勢である。環境基本法19条で定められた環境配慮義務が、「個別法なり、個別施策の実施の上で具体化される」<sup>(19)</sup> という時代が到来したものといえるだろう。

#### 新たな政策アイデア・環境訴訟

それでは、環境法化した開発法は、どのように使われてきたのだろうか。これについては、新たな政策アイデアの呼び水となることと、環境訴訟でのさまざまな用途があることの二点を指摘しておきたい。以下では、具体の事例を、それぞれ一つだけ紹介する。

##### (1) 新たな政策アイデア <sup>(20)</sup>

45ページ表2で記載したように、河川法の1997年改正は、「緑のダム論」なる政策アイデアを

(19) 環境省総合環境政策局総務課『環境基本法の解説（改訂版）』ぎょうせい、2002年、p.211。

(20) この事例については、及川敬貴『生物多様性というロジック—環境法の静かな革命』勁草書房、2010年、2章3節で紹介した。その他のいくつかの事例についても、同箇所でもとり上げている。

サポートすることになった。改正河川法は、法目的として、従来の治水と利水に加えて、河川環境の保全を掲げた（1条）。その上で、樹林帯をダムや堰等の河川管理施設の一つとして特定している（3条2項）。この樹林帯とは、

“堤防又はダム貯水池に沿って設置された国土交通省令で定める帯状の樹林で堤防又はダム貯水池の治水上又は利水上の機能を維持し、又は増進する効用を有するもの”

を指す。簡単にいえば、河川に沿って位置する、ダムと似たような保水能力を有した森林に他ならない。

これらの規定が、「緑のダム論」を活気づけることになった。1級河川である川辺川（熊本県）上流に作られる予定のダムをめぐる議論においてである。熊本県の山中を流れる川辺川は、かつて水質全国第1位に輝いたこともある清流であり、尺鮎（一尺は約30cm）と呼ばれる希少な鮎の生息地としても知られる。川辺川上流に作られる予定のダムをめぐる議論には賛否両論があり、地元はもちろん、霞が関の審議会や裁判所でも激しい議論が戦わされてきた。この論争をめぐる議論では、森林を保全し、必要な手入れを施すならば、森林の保水能力が確保されるから、治水目的の巨大なダムを作る必要性は少ない、という考え方が存在した。これが「緑のダム」論である。かつては奇抜とみなされていたが、1997年の河川法の改正を契機として、この考え方にもとづく治水案が国の審議会の場でも検討されるようになった。具体的には、河川管理のあり方に関する基本方針（＝河川整備基本方針）を定める際の実質的な決定機関である国の審議会において、（おそらく史上初めて）森林のダム代替機能（緑のダム論）が正面からとり上げられたのである<sup>(21)</sup>。緑のダム論が合理的な政策論として認められるには、河川法という開発法の「環境法化」が不可欠であったものといえよう。

## （2）環境訴訟<sup>(22)</sup>

環境法化の意義については、第1章で、代表的な環境法のテキストの叙述を引用しておいたが、その合理性をサポートするような最高裁判決が現れた。事案の概要から紹介しよう。わが国では海岸法に従い、海岸（海岸の80％は、海岸法による行為規制がかけられている）では、桟橋や「海の家」などを勝手に作ってはならない。海岸を占用するには、海岸管理者から許可を得ることが必要となる（海岸法37条の4）。問題となった事案では、海岸への桟橋設置の是非が問われた。山から切り出した石を船で運び出そうと考えた業者が、その船を停泊させるための桟橋を海岸に設置しようとしたものである。業者は、海岸の法律上の管理者である自治体に対し、海岸法37条の4にもとづく占用許可を申請したが、自治体は、さまざまな理由を付けて、これを不許可とした（不許可処分）。そこで、業者が、この不許可処分の違法・取消しを求めて、裁判所へ訴え出たものであ

(21) 議論の詳細については、社会資本整備審議会河川分科会（河川整備基本方針検討小委員会）の議事録および資料を参照されたい。これらは国土交通省河川局のウェブサイトに掲載されている。

(22) この判決については、及川敬貴『生物多様性というロジック—環境法の静かな革命』勁草書房、2010年、2章3節で紹介した。近年の自然保護・生物多様性関連の裁判例については、及川敬貴「自然保護訴訟の動向」環境法政策学会編『公害・環境紛争処理の変容』商事法務、2012年、p.65で整理している。

る。

最高裁は、この不許可処分が違法なものであると結論付けたが、問題となった規定の適用のあり方について、次のように述べた。

海岸“の占用の許否の判断に当たっては、当該地域の自然的又は社会的な条件、海岸環境、海岸利用の状況等の諸般の事情を十分に勘案し、行政財産の管理としての側面からだけではなく、同法〔1999年に環境法化した海岸法〕の目的の下で地域の実情に即してその許否の判断をしなければならない。”（〔 〕内および下線は筆者による。）

この部分はいわゆる傍論であり、裁判の勝ち負けに直結するものではない。しかし、こうした解釈ができるのであれば、環境法化した海岸法の下では、開発許可申請を拒否できる場合がありうることになる。例えば、当該地域で制定された条例にもとづく貴重種として選定されたカニが生息し、地元の小中学校の環境教育の現場としても使われているような海岸であれば、改正海岸法にもとづいて、開発許可申請を拒否しうるかもしれない。本判決によって、環境法化した開発法の「使い方」が示唆されたものといえよう。

#### 制度運用の実例——中間まとめ

環境法化した開発法が、新たな政策アイデアの呼び水となったり、環境訴訟で用いられたりした事例の収集と分析については、法学および隣接諸学問を専門とする実務家・研究者との協働作業が始まっている<sup>(23)</sup>。ここでは、その中間まとめ的な情報を、表2として示しておきたい<sup>(24)</sup>。

①と⑥については、すでに紹介を行った。②は、河川法上の水利使用許可制度における新類型の用水であり、農業用水と都市用水（上水および工業用水）だけではない、環境の維持、改善を目的としたものである。環境用水については、改正河川法が、その制度発展（通達の発出）の根拠となった<sup>(25)</sup>。③④⑤では、環境法化した河川法の諸規定を根拠として、許認可の名宛人以外の者の原告適格も認められるとの主張がなされた（いずれの判決においても原告適格を否定）。⑦⑧は、住民訴訟における財産的損害の算出に際して、行政が作成した「森林の公益的機能」の評価結果が用いられた<sup>(26)</sup>。⑨⑩でも、環境法化関連規定が、当事者の法的な主張の構成に用いられている。

#### 環境法化の行方とその法的根拠

これまでに、さまざまな開発法が環境法化してきたが、その内容や程度は個別法ごとにバラバラ

(23) 平成24-26年度文部科学省科学研究費（挑戦的萌芽研究）「生物多様性基本法に基づく新たな地域資源管理——「環境法化」と地域戦略のシナジー」。

(24) 表2は、及川敬貴「生態系保全・絶滅種保護対策」高橋信隆・亘理格・北村喜宣編『環境保全の法と理論』北海道大学出版会、2014年、p.544の図表28-1を改編し、若干の新情報を加えたものである。

(25) 環境用水については、秋山道雄他編著『環境用水—その成立条件と持続可能性』技報堂出版、2012年等を参照。

(26) これらの判決の内容と意義については、神山智美「森林法制の「環境法化」に関する一考察—環境公益的機能発揮のための法的管理導入と評価」『九州国際大学法学会法学論集』20-3、2014年、p.43を参照されたい。

表2 環境法化した開発法の運用の実例

1997年	河川法改正	治水と利水に加え、河川環境の保全を法律の目的に明記（1条）。樹林帯を河川管理施設として特定（3条2項）	①緑のダム論 ②環境用水 ③長野地判平成16年3月26日 （LEX/DB28091797） ④東京高判平成17年3月9日 （LEX/DB25410931）（③の控訴審判決） ⑤仙台地判平成25年12月26日 （LEX/DB25446142）
1999年	海岸法改正	国土保全や災害防止に加えて、「海岸環境の整備と保全」や「公衆の海岸の適正な利用」を法律の目的に明記（1条）	⑥最判平成19年12月7日民集61巻9号 3290頁，判時1992号43頁
2001年	森林・林業基本法改正	森林の有する多面的機能として、「自然環境の保全」や「地球温暖化の防止」を明記（2条1項）	⑦札幌地判平成23年10月14日 （判例集未搭載） ⑧札幌高判平成24年10月25日 （判例集未搭載）（⑦の控訴審判決として）
2001年	水産基本法制定	「水産資源が生態系の構成要素である」（2条2項）ことを法律に明記	⑨東京高判平成22年9月15日 判タ1359号111頁
2001年	土地改良法改正	目的及び原則の部分へ「環境との調和に配慮しつつ」との文言を追加（1条2項）。これをうけた施行令でも「環境との調和に配慮したものであること」を事業の施行に関する基本的要件として追加（2条6号）	⑩大津地判平成14年3月11日 （判例集未搭載）（永源寺第二ダム訴訟）

であった。方向性のようなものが、具体の法制度の中に示されてこなかったためである。この点に関して、2008年の生物多様性基本法に、重要な規定が挿入された。同法の制定は、調和条項の削除、環境基本法の制定、循環基本法の制定と並ぶ、国内「環境法のパラダイム転換」の一つと評されている<sup>(27)</sup>。この基本法の附則2条では、

“政府は、この法律の目的を達成するため、野生生物の種の保存、森林、里山、農地、湿原、干潟、河川、湖沼等の自然環境の保全及び再生その他の生物の多様性の保全に係る法律の施行の状況について検討を加え、その結果に基づいて必要な措置を講ずるものとする”（下線は筆者らによる）

と定められた。立法的・行政的対応の義務付けを行ったものと解しうる規定であり、そこでの「必要な措置」には、法改正も入ってくると考えられよう。そして、下線を引いて強調したように、環

(27) 北村喜宣『環境法（第2版）』弘文堂、2013年、pp.108～109参照。この基本法の詳細な解説として、畠山武道「生物多様性基本法の制定」『ジュリスト』1363、2008年、p.52がある。及川敬貴「生物多様性基本法と「環境法のパラダイム転換」の行方」環境法政策学会編『環境基本法制定20周年—環境法の過去・現在・未来』商事法務、2014年、p.179では、同法で定められた原則（例：順応的管理）や仕組み（例：地域戦略）をいかに「使って」いくかという課題について若干の検討を施している。

環境法化を含んだ立法的・行政的対応の中身は「この法律（＝生物多様性基本法）の目的を達成するため」のものでなければならない。この規定によって、何のための環境法化か、という問いに一応の回答が与えられたことになるだろう<sup>(28)</sup>。

#### 4 エコ統治性の法的地平を見据えて

開発法に新たに書き込まれた環境関連規定は、前章でみたような形で着実に使われ始めている。そこではもはや、環境は搾取・汚染される対象であるだけでなく、環境（関連規定）を用いての統治、後述するような「エコ統治」が展開されている見込みが少なくない。そうした統治の進展は、持続可能な社会の構築という目標の達成に資するものなのだろうか。この点に係る検証作業を施すことなしに、生物多様性基本法附則2条で求められている行政的・立法的対応（＝既存の法制度の評価や再設計）を進めることはできないし、進めるべきでもないだろう。このような問題意識の上に、筆者らは、「エコ統治性の法的地平」という研究課題を観念するに至った。以下では、エコ統治性という概念を簡単に紹介した上で、この研究課題を探究する意義等について、筆者らの見解を述べておきたい。

##### エコ統治性とは

エコ統治性（eco-governmentality）（環境統治性ないしエコ・ガバメンタリティという表現も用いられる。）とは、社会学や政治学で発達をみた分析概念であり、開発主義に傾倒しがちな途上国で、なぜ環境法制の整備が進むのか、そして、そのようにして新たに導入された法システムの下で実際に何が起きているのか等を明らかにするのに用いられてきた。アジア、アフリカ、ラテンアメリカの途上国を対象とした実証研究が積み重ねられており、ここでは、環境という価値が（国際機関等からの）外圧によって国内で制度化され、その社会を統治する道具として使われるようになる様子が描き出されている<sup>(29)</sup>。

具体的な状況については、既存研究を参照いただくことにして、ここでは、代表的な論者の見解に依拠しながら、この概念に関する簡単な紹介を試みたい。エコ統治性は、Foucaultの権力論および統治性論をベースとして発展をみた。すなわち、環境保全を目的とした統治体制の出現は、どのような知と技術によって可能となったのか、そして、当該体制が内包する権力は、地域社会にどのような作用をもたらすのか、という点に着目し、実証分析を進めてきたものである。

たとえば、Agrawalは、インドにおいて、かつては森林資源の利用規制に反対していた村落住民

(28) 以上のような制度発展の経緯を踏まえると、環境法化が単なる「現象」であるという理解は不適切であるかもしれない。むしろ、より規範的な性質を擁する概念として定立する余地があり、本稿における環境法化の定義も、その方向で修正されてよいかもしれない。

(29) わが国の自然資源管理の場面でも、こうした環境統治性が進化した形で幅を利かせつつあるようにも思われる。この点について、松村正治「環境統治性の進化に応じた公共性の転換へー横浜市内の里山ガバナンスの同時代史から」宮内泰介編『なぜ環境保全はうまくいかないのかー現場から考える「順応的ガバナンス」の可能性』新泉社、2013年、pp.222－246が示唆に富む。



らが、積極的に森林管理に関与していく史的变化をとり上げ、この現象をインドの環境行政の変化（地方分権化）のプロセスと絡めて考察した<sup>(30)</sup>。そうすることで、保全活動に熱心な環境的主体（environmental subjects）の誕生という地域社会の変化を、特定の資源管理体制における権力作用として捉えてみせたのである。

それでは、このような統治体制はどのような要因に下支えされているのだろうか。この問いへ合理的な推論を提供したものとして知られるのが、Goldmanの研究である<sup>(31)</sup>。Goldmanは、ラオスの統治体制の中で「環境」が力を増していく背景を、ネオリベラリズムの文脈に求めた。すなわち、開発援助における「持続可能な開発」という言説と、ネオリベラリズムにもとづく「構造改革」要求という技術との結節点に、市場経済的価値にもとづいて自然資源を管理する統治体制が誕生すると論じたのである。Goldmanが「グリーン・ネオリベラリズム」と呼ぶ統治体制の誕生であり、ここでは、その体制を維持・発展させていくための各種制度（例：国内法）の整備が不可欠となる。それらの制度の運用を経て、当該社会の構成員は、規律され、訓練されていき、環境の衣をまとったネオリベラリズムを基底価値とする国家・社会が醸成される。そして、その一方で、地域ごとに発展をみていた伝統的な資源管理は「遅れた慣行」として切り捨てられていく。

こうした問題把握は、外圧やトップダウンといった「上からのエコ統治性」の特徴を的確に捉えてはいるが、地域社会は、その客体として存在するだけののだろうか。筆者らは、必ずしもそうではないと考えている。筆者らの別稿では、そのように論ずるための材料として、コスタリカのウミガメ保護区での資源管理の事例をとり上げ、その史的展開と現状の把握を試みた<sup>(32)</sup>。調査の結果、地域住民たちは、ウミガメの卵の採取を禁止するという当該制度の基本枠組を受け入れつつも、当局に対して粘り強く交渉を続け、一定の条件の下での卵の採取を認めさせるとともに、保護区のメリットを活かした観光業等を展開し始めたこと等の実状が浮かび上がってきた。当該保護区では、地域社会がエコ統治性の客体でありながら、同時に、その主体としても存在していたのである。かかる知見を踏まえて、当該別稿では、「上からのエコ統治性」にもとづいて構築された制度を、地域の実情に即して解釈し、その運用のあり方を「下から」提案することの重要性を指摘した。

### 環境法化した開発法の使われ方・使い方

ある開発法に環境の保全という新たな価値が書き込まれるとすれば、そのことは言葉の違いという問題では済まない状況を生み出すに違いない。当該法律の運用に関わる主体間の権力バランスが揺さぶられ、ひいては、当該資源の管理のあり方にも影響が及ぶと考えられるからである。そして、そうした揺さぶりや影響の程度は、当該開発法に環境という新たな価値が書き込まれた経緯や態様、それに当該開発法を取り巻く法制度状況（環境法の発展具合）によっても左右されるであろう。

(30) Arun Agrawal, *Environmentality: Technologies of Government and the Making of Subjects*, Duke University Press, 2005.

(31) マイケル・ゴールドマン（山口寛子訳）『緑の帝国—世界銀行とグリーン・ネオリベラリズム』京都大学出版会、2009年。

(32) 武田淳・及川敬貴「協働型資源管理にみるエコ統治性コスタリカにおけるウミガメの保全事業を事例に」『沿岸域学会誌』27-3、2014年（投稿中）。



たとえば、筆者（及川）の研究室では、森林法にもとづく林地開発許可制度のあり方に関する、次のような研究が進んでいる。民有林において、一定規模の開発行為（面積が1haを超えるもの）をしようとする者は、知事の許可（林地開発許可）を受けなければならない（森林法10条の2第1項）。知事は、「当該森林の周辺の地域における環境を著しく悪化させるおそれがあることがない」か（以下、環境要件という。）等（同法10条の2第2項1～4号）の基準に照らして、許可申請を審査するが、環境要件に係る判断は、残置森林率の観点からなされてきたといわれる。

これに対して、森林・林業基本法の環境法化（表1および表2）や生物多様性基本法の制定等という制度発展に鑑みた場合、環境要件を残置森林率という「緑の量」の観点からのみ捉えてよいのかという問題を提起するが<sup>(33)</sup>、実際にいかなる問題が発生し、そこでどのような解釈論議がなされているか等の実状に係る知見は乏しい。そこで、当該研究では、環境法化が進展する状況下において、林地開発許可の環境要件解釈にいかなる変化が見受けられるのかを捉えようとしている。事案は多数存在すると思われるが、当該研究では、神奈川県内の民有林における霊園開発問題を取り上げた。この事案では、環境要件を残置森林率の観点から捉えた上で、許可が出されたが、準絶滅危惧種オオムラサキの県下最大の生息地として知られる林地での霊園開発申請であったことから、県の審議会でも慎重論が相次いだものである。また、許可を出すことに対しては、行政内部でも異論があったといわれ、環境要件解釈のあり方に係る議論の諸相を捉えるための好例と思われた。

エコ統治性が浸透した社会では、環境はもはや、搾取され汚染される対象であるだけでなく、現代的な権力の一つでもあり、それを道具とする統治が進んでいくと考えられている。わが国においても、開発法に書き込まれた環境配慮規定が、自然資源管理の場面における新たな権力の源泉となり、上からであるか下からであるかはさておき、それをどのように「使う」かが、決定的に重要な問いとなりつつあるようにみえる。たとえば、林地開発許可を題材とする上記の研究の意義は、こうしたエコ統治性の観点から最も明確に理解されよう。

### 「エコ統治性の法的地平」を見据えて

以上のような状況・問題認識を踏まえて、筆者らは、環境法化の社会的作用、とりわけ持続可能な社会の構築への作用を捉えることが必要と考えるに至った。この課題を「エコ統治性の法的地平」というフレーズで形容したい。

前章までに整理した知見には長期的な制度発展の実例としての意味があり、また、そうした知見は今後の制度設計のあり方を考える手掛かりともなるだろう。ただし、その一方で、環境法化が、持続可能な社会の構築にどのように作用しているのかは不明であった。第1章で紹介したように、環境法化の意義については、積極・消極の評価が併存している。環境法化した開発法のいかなる規定が、どのように使われているのかに関する調査が十分に進んでいないことの証左であろう。

とくに、そうした規定が、地域社会にとって、いかなる意味を有するものなのかが分明ではないことが問題である。生態系の状態やそれとのつきあい方は地域ごとに違うのだから、持続可能な社

(33) 交告尚史「国内環境法研究者の視点から」環境法政策学会編『生物多様性の保護—環境法と生物多様性の回廊を探る』商事法務、2009年、pp.51-52参照。

会の構築のためには、条例や戦略などの地域ごとの資源管理ルール（以下、地域規範という。）を整備する作業が欠かせない。筆者（及川）は最近公刊した判例評釈の中で、こうしたルールを幾つも重ねていくこと、すなわち「地域規範の重層化」が具体の資源管理はもちろん、環境訴訟の場面でも重要な制度的基礎となる可能性を指摘した<sup>(34)</sup>。実際の地域規範の整備に際しては、環境法化した開発法を「地域の実情に即して」解釈する作業が不可欠になるだろう。環境法化の構造面だけではなく、その実態を捉え、地域での具体の使い方を探るという問題意識の上に企画された調査や洞察が求められるゆえんである。

筆者らは、環境法化をエコ統治性の文脈に位置づける、すなわち、「エコ統治性の法的地平」なる課題を設定することで、上述のような調査や洞察を効果的に進められるものと考えている。そのように考える理由をいくつか示しておこう。

第1は、従来よりも動態的な知見を得た上で、より実践的な示唆を引き出しうることである。エコ統治性の観点を踏まえることで、法構造上の変化を捉えるだけではなく、意思決定過程で展開される言説に目を凝らし、利害関係者間の権力バランスの変化や、地域の実情に即した新たな法解釈の萌芽を捉えるところに意識を向けられる。このような視点からの実証研究を、さまざまな開発法を対象として進め、その結果を相互参照することで、環境法化した開発法の「使われ方」が明らかになるとともに、その新たな「使い方」（例：地域規範の整備）を提案する準備が整うはずである。

第2に、この課題は協働のためのプラットフォームとなりえよう。法学、社会学、人類学、政治学、倫理学等を専門とする者が、この課題の探求のために力を合わせることが可能となる。文理の枠を越えて、生態学者などの自然科学者の参加もありうるかもしれない。もちろん、多くの実務家の参加も期待できよう。裁判所は、環境法化した開発法が使われる主要な場ではない。河川や海岸、それに森林や野生動植物の管理のあり方をめぐる、大小さまざまな意思決定の現場こそが、そうした法令が使われる最前線であり、主要な場である。「エコ統治性の法的地平」で何が起きているのかを把握するには、領域や立場を越えた知見・経験を結集しなければならない。

最後に、この課題の探求を、法律上の要請としても解しうることである。すでに紹介したように、生物多様性基本法附則2条は、政府に対して、「生物の多様性の保全に係る法律の施行の状況について検討を加え」ることを求めている。しかし、同条では、そうした検討をいかなる観点から、どのように進めるのか等については、特段の定めをおいていない。この点については、国民の側が主体的に考え、具体の視点や検討方法等を提案していけるものと考えられよう。「エコ統治性の法的地平」という課題の探求は、当該条文を実施可能な状態とする作業の一環としても位置付けられるのである。

## おわりに

実際に「エコ統治性の法的地平」という課題に取り組むに当たっては、第2・3章の知見を拡充する作業から始めることになるだろう。これと同時並行的に、第4章で紹介したような実証分析をい

<sup>(34)</sup> 評釈対象の判例は、仙台地判平成25年12月26日（LEX/DB 25446142）である。

くつも積み重ねていくことが求められる。当然のことながら、これらの作業量は膨大であり、特定の個人が当該作業を行うのは現実的ではない。専門領域の間や研究者と実務家との間等の、さまざまな壁を乗り越えて組織された、領域横断的なチームが必要となるだろう。相当に難しい前提条件ではあるが、それをクリアすることなしに、「環境法化した開発法の下での持続可能な社会の構築」という言説の実像に迫ることはできない。

このように考えて、法学を専門とする者（及川）が、人類学・社会学を専門とする者（武田）に声をかけ、不格好にでも領域の壁を乗り越えようと試みたのが、本稿の執筆作業であった。そうすることで、より広範かつ豊かな学術的・実践的地平が拓ける可能性を示したいと意気込んだものである。しかし、結果的には、法学を専門とする者（及川）の不勉強および持ち合わせた知見の不十分さにより、試論としてのレベルに達しているかどうかさえ心許ないものを提供する次第となってしまった。読者諸賢からのご批判を頂戴できれば幸いである。

（おいかわ・ひろき 横浜国立大学大学院環境情報研究院准教授）

（たけだ・じゅん 横浜国立大学大学院環境情報学府 日本学術振興会特別研究員（DC2））

〔付記〕本稿は、平成24－26年度文部科学省科学研究費（挑戦的萌芽研究：課題番号 24653024）および平成26年度文部科学省科学研究費（特別研究員奨励費：課題番号 26・11545）による研究成果の一部である。

法政大学大原社会問題研究所／菅 富美枝 編著

## 成年後見制度の 新たなグランド・デザイン

人びとが保護の対象から自身の権利を行使する主体となるための支援とは何か。ケア、介護、消費、福祉など、さまざまな現場と世界の最新状況から、成年後見制度を再構築する。 5985円

法政大学大原社会問題研究所／原 伸子 編著

## 福祉国家と家族

一九八〇年代以降に福祉国家が縮減する過程とグローバル化の下で家族政策が主流となっていく文脈を、米・英・独・スウェーデン・日本などの歴史的な事例を通して比較検証する。 4725円

船橋晴俊、壽福眞美 編著

## 公共圏と熟議民主主義

《現代社会研究叢書9》  
現代社会の問題解決  
今日の原発・エネルギー問題、移民の受け入れ、環境破壊、基地問題など、現代社会の諸問題を公共の場での熟議を通して解決するために、日本と諸外国の具体的事例をもとに検討。 4935円

ニクラス・ルーマン 著

## 社会構造とゼマンティク 1・2

《叢書・ウニベルシタス961・962》  
社会学の可能性を開く新たな社会システム理論はあるのか。法や教育、社会理論など多様なテーマに関して行なった思想的な研究。①巻 徳安彰訳：5040円／②巻 馬場靖雄・他訳：5460円

ウォルフガング・ソフスキー 著

## 安全の原理

《叢書・ウニベルシタス988》  
自由と安全のどちらを選ぶのか。自然災害、金融、経済不安、原発事故、紛争、テロなど、現代社会に顕著に現われる安全をめぐる諸問題について考察。佐藤公紀、S・マスロー訳：2940円

法政大学出版局

〒102-0073 東京都千代田区九段北 3-2-3 TEL 03-5214-5540/FAX 03-5214-5542 <http://www.h-up.com/>  
※表示価格は税込みです